



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO - FDD
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANA DORTA MONTENEGRO

**TABELAMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO DIREITO DO
TRABALHO: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE**

BRASÍLIA
2018

MARIANA DORTA MONTENEGRO

**TABELAMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO DIREITO DO
TRABALHO: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

BRASÍLIA
2018

MARIANA DORTA MONTENEGRO

**TABELAMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO DIREITO DO
TRABALHO: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Aprovada em ____ de ____ de 2018, pela **Banca Examinadora** constituída pelos seguintes professores:

Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
(Orientador - Presidente)

Ana Paula Villas Boas
(Membro)

Dra. Talita Tatiana Dias Rampin
(Membro)

Dr. Wilson Roberto Theodoro Filho
(Suplente)

BRASÍLIA
2018

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a constitucionalidade da disciplina dos danos extrapatrimoniais estabelecida pela Reforma Trabalhista, que, dentre outras providências, realiza o tabelamento de tais danos, fixando, ainda, o salário do ofendido como parâmetro para o valor de sua indenização (art. 223-G, § 1º, I a IV, da Lei nº 13.467/2017). Para tanto, inicialmente será necessário situar a complexidade dos danos morais a partir do exame dos argumentos de Jacques Derrida, que identifica uma tensão entre Direito e Justiça e afirma ser este um “julgamento do indecível”. Em seguida, será feita uma contraposição entre os argumentos de Richard Posner, um dos expoentes da Análise Econômica do Direito, e a Teoria normativa de Ronald Dworkin, que concebe o direito como integridade.

Palavras-chave: Danos extrapatrimoniais. Reforma Trabalhista. Inconstitucionalidade. Análise Econômica. Direito. Justiça. Integridade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the constitutionality of the moral damages discipline established by the Labor Reform, which, among other measures, performs the tabulation of such damages, also fixing the salary of the offended as a parameter for the value of his indemnity (art. 223-G, § 1o, I a IV, of Law 13467/17). In order to do so, it will first be necessary to situate the complexity of moral damages by examining the arguments of Jacques Derrida, who identifies a tension between Law and Justice and affirms that this is a "judgment of the undecidable." Then there will be a contrast between the arguments of Richard Posner, one of the exponents of Economic Analysis of Law, and the Normative Theory of Ronald Dworkin, who conceives of law as integrity.

Key-words: Moral damages. Labor Reform. Unconstitutionality. Economic Analysis. Law. Justice. Integrity

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. PRESSUPOSTOS	11
2.1 <i>Evolução histórica: dignidade da pessoa humana e reconhecimento da esfera moral do trabalhador.....</i>	<i>13</i>
2.2 <i>O Parâmetro Constitucional.....</i>	<i>15</i>
2.3 <i>O mito da insegurança jurídica.....</i>	<i>17</i>
3. COMPLEXIDADE DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: O ALERTA DE JACQUES DERRIDA	20
3.1 <i>A tensão entre Direito e Justiça.....</i>	<i>21</i>
3.2 <i>As três aporias: o cálculo do dano extrapatrimonial como indecível.....</i>	<i>24</i>
3.3 <i>Conclusões parciais.....</i>	<i>26</i>
4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	28
4.1 <i>Contextualização.....</i>	<i>28</i>
4.2 <i>Origem e propostas.....</i>	<i>29</i>
4.3 <i>O pragmatismo jurídico.....</i>	<i>34</i>
5. A QUESTÃO DOS DANOS MORAIS À LUZ DA TEORIA NORMATIVA DE DWORKIN	36
5.1 <i>A superação de uma teoria dominante.....</i>	<i>36</i>
5.2 <i>O direito como integridade.....</i>	<i>39</i>
6. CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

1. INTRODUÇÃO

O dano de natureza extrapatrimonial é bastante complexo e gera certa dificuldade no exercício da função jurisdicional¹. Como o próprio termo sugere, caracteriza-se pela lesão que está fora ou além do patrimônio do ofendido - no sentido de bens materiais dotados de valor econômico - sendo em verdade uma violação a direitos da personalidade, ao complexo moral da pessoa humana, o qual contempla valores como a intimidade, vida privada, honra, imagem, higidez física e psíquica (rol não taxativo).

A Constituição Federal de 1988, utilizando a expressão “dano moral” para referir-se a todos os danos não-patrimoniais², reconheceu como fundamental o direito à indenização por tais danos - sempre proporcional ao agravo, assim como o direito de resposta - em seu art. 5º, incisos V e X. Mas como fixar uma compensação pecuniária correspondente à experiência totalmente única e subjetiva de um indivíduo, e que, portanto, não tem preço? Diante desta questão, e considerando a impossibilidade de uma reparação natural ou retorno ao status *quo ante*, função principal do instituto da responsabilidade civil, os juízes e tribunais vêm adotando a equidade, a proporcionalidade e a razoabilidade como balizas de julgamento em cada caso concreto, bem como despontam outras finalidades para a indenização, a exemplo da pedagógica e punitiva do infrator.

No âmbito do Direito do Trabalho, campo que tem a proteção como princípio basilar, tal tema retornou à tona recentemente, considerando a normatização trazida pela Reforma Trabalhista.

É cediço que, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de novembro de 2004, a Justiça do Trabalho passou a ter competência para apreciar os pedidos de indenização por dano moral quando decorrente da relação de trabalho. Mas desde então a análise dos casos vinha sendo feita com base na legislação civil, a qual observa o princípio da reparação integral do dano, conforme art. 944 do CC/2002. Ocorre que a Lei nº 13.467/2017, ao acrescentar o Título II-A à CLT, alterou substancialmente a sistemática em demandas trabalhistas, criando uma nova discussão nesse particular. Dita inovação, em geral, representou tanto uma descaracterização de avanços culturais e jurídicos na tutela dos direitos de personalidade no meio laboral, como uma tentativa de isolamento da disciplina trabalhista do conjunto jurídico que a circunda.³

¹(DELGADO, M. G. 2015, p. 877)

²(MARTINS-COSTA, 2001, p. 191)

³(DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. 2017, p. 145).

O art. 223-G, parágrafo 1º, I a IV, da referida lei, é especialmente preocupante pois realiza o tabelamento ou tarifação dos danos extrapatrimoniais, além de estabelecer o salário do ofendido como parâmetro para o valor da indenização, nos seguintes termos:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expreso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;**
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;**
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;**
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.⁴ (grifou-se)**

Vale ressaltar que a Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, chegou a alterar este dispositivo, estabelecendo o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social como base de cálculo da indenização, mas sua vigência teve fim em 23 de abril do corrente ano, retornando ao parâmetro inicial da Reforma ora analisado.

Em favor da nova disciplina estatuída pela Lei nº 13.467/2017, destacaram-se os argumentos de garantia da previsibilidade das decisões e maior segurança jurídica, que seriam atingidas com a restrição da função interpretativa do julgador, bem como argumentos de ordem econômica, considerando o impacto dos valores fixados a título de indenização na esfera do empregador, em regra, e no mercado como um todo.

Entretanto, é necessário questionar a validade destes argumentos, além de sua compatibilidade com a Carta Magna brasileira. Com base em que critérios o legislador foi capaz de classificar os danos em leves, médios, graves e gravíssimos, e ainda delimitar os valores correspondentes a cada “classe” de dano com base no salário do ofendido?

⁴ BRASIL. Lei. nº 13.467/2017.

O objetivo do presente trabalho será analisar a constitucionalidade do novo regramento, utilizando como marcos teóricos o filósofo Jacques Derrida, Richard A. Posner, expoente da Análise Econômica do Direito, e a teoria normativa de Ronald Dworkin. Consequentemente, provocar uma reflexão mais profunda a respeito do que se espera de uma Teoria do Direito e da prestação jurisdicional, se o cenário normativo atual encontraria respaldo em alguma teoria e ainda as possíveis consequências desta escolha.

Assim, haverá três etapas de argumento, construídas com base em revisão bibliográfica.

Como pressupostos básicos para o debate, estão o conceito de dano extrapatrimonial, sua relevância na esfera trabalhista, bem como os parâmetros constitucionais adotados.

Posteriormente, faz-se mister situar a complexidade da questão dos danos imateriais, fazendo isso através do conceito do que Derrida chamou de “ato de julgar o indecível”. Por meio da desconstrução, o filósofo identificou uma tensão entre Direito e Justiça e o paradoxo do dever de se calcular algo que não é da ordem do calculável.

Em um terceiro momento, será necessário analisar os argumentos da Análise Econômica do Direito, que vê na maximização da riqueza social o objetivo final das normas e decisões judiciais, subordinando, dessa forma, direitos fundamentais aos seus impactos econômicos. Também conhecida como *Law and Economics*, a teoria, que tem Richard Posner como um de seus expoentes, vem ganhando cada vez mais espaço no ensino e na prática jurídica.

Por fim, esta concepção do Direito como instrumento de mudança de incentivos com vistas a alcançar a eficiência e alocação ideal de recursos será contraposta à teoria normativa de Ronald Dworkin, que concebe o direito como integridade e não reconhece a maximização da riqueza como valor social em si a ser perseguido. Para Dworkin, o compromisso com a Constituição e com os direitos fundamentais do indivíduo não pode ser abandonado a esse pretexto.

Tudo isso para colocar em questão a constitucionalidade do dispositivo, tendo em vista o direito à reparação integral dos danos extrapatrimoniais, e diante da inafastabilidade do controle jurisdicional, uma vez que o tabelamento restringe a análise judicial das consequências do dano. Ademais, acredita-se que a posição social do indivíduo, supostamente aferida com base no seu salário, é inadmissível como critério para fixação da reparação, vez que vai de encontro à isonomia e à dignidade da pessoa humana, não havendo justificativa para tal discriminação.

Nesse diapasão, já existe uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 5870) que impugna o dispositivo ora questionado, a qual está pendente de apreciação. Ainda, urge recordar que o Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre caso semelhante de tarifação de danos morais, tendo declarado, em sede da ADPF 130/DF, julgada em 30.04.2009, a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250, de 1967), que fixava limites para fins de indenização dos danos causados pela imprensa. Dessa forma, a Corte confirmou o entendimento que já havia sido sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça desde 2004: “*A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa*”.⁵

Assim, o que se defende é o reconhecimento da inconstitucionalidade deste novo regramento, com base nos argumentos ora mencionados, a serem explanados ao longo deste estudo. Muito embora a matriz principiológica trabalhista e a interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico como um todo venham atenuando os efeitos práticos da nova disciplina dos danos extrapatrimoniais, segue sendo necessária sua discussão.

⁵ STJ. Súmula n. 281.

2. PRESSUPOSTOS

Inicialmente, o debate acerca da constitucionalidade do tabelamento dos danos extrapatrimoniais pressupõe uma clara compreensão do que são estes danos e sua relevância na esfera trabalhista.

Em termos gerais, o dano pode ser definido como o prejuízo resultante da lesão a bens juridicamente tutelados. De acordo com a espécie dos bens violados, o dano poder ser patrimonial ou extrapatrimonial. Na hipótese de dano extrapatrimonial, a ofensa recai sobre bens sem conteúdo econômico, e, portanto, de caráter subjetivo, tais como intimidade, vida privada, honra, imagem. Assim, mesmo após uma suposta indenização, não é possível retornar ao status *quo ante*.

Nesse mesmo sentido leciona Sebastião Geraldo de Oliveira, pra quem o vocábulo dano extrapatrimonial “abrange todos os danos que não possuem expressão econômica, mas que são passíveis de reparação”⁶. Este conceito denota um espectro amplo de proteção, onde se inserem as espécies de dano moral, dano estético e dano existencial, por exemplo. Quem também perfilha desta concepção do dano extrapatrimonial como gênero, que abrange diversas espécies, é professora Judith Martins-Costa, *verbis*:

Entendo efetivamente que, sendo mais ampla, a expressão "danos extrapatrimoniais" inclui, como subespécie, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os "danos ao projeto de vida", e ao "livre desenvolvimento da personalidade", os danos à vida de relação, inclusive o "prejuízo de afeição" e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais.⁷

Partindo-se de uma análise puramente terminológica, portanto, teria ido bem o legislador reformista ao nomear o Título II-A (Do Dano Extrapatrimonial), inserido na CLT pela Lei n. 13.467/2017. Nada obstante, grandes nomes da doutrina trabalhista receberam a inovação com desconfiança, seja porque a expressão “dano moral” já estava enraizada na cultura jurídica brasileira⁸ (positivada na Constituição Federal, Código de Defesa do consumidor, etc) seja porque ela expressaria melhor a proteção em benefício da pessoa humana.

Ainda, João Oreste Dalazen, citado por Kátia Magalhães Arruda, afirma:

Em rigor, a denominação extrapatrimonial é manifestamente imprópria, porque faz supor que somente há bens integrantes do patrimônio material quando o maior

⁶ (OLIVEIRA, S. G. de, 2017, p. 335)

⁷ (MARTINS-COSTA, 2001, p. 194)

⁸ (OLIVEIRA, S. G. de, 2017, p. 336)

patrimônio de uma pessoa é o acervo de seus valores espirituais. É o estofo moral que predica a pessoa, sobretudo. Valemos, sobretudo, o que somos, não o que temos. Melhor será afirmar, portanto, que o dano moral manifesta-se no ataque ao patrimônio ideal das pessoas⁹.

Mas, independentemente da nomenclatura utilizada, porque a tutela dos direitos da personalidade é tão importante, mormente no âmbito do direito do trabalho?

Em primeiro lugar, destaca-se a noção de dignidade da pessoa humana, da qual deriva uma plêiade de direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, a exemplo daqueles previstos no art. 5º, incisos V e X, da CF/88.

Conforme leciona Ingo Sarlet, citado por Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁰

O conceito denota que toda pessoa possui um valor próprio e particular em si mesma, devendo o Estado, por meio do estabelecimento de direitos e deveres fundamentais, assegurar o seu desenvolvimento digno. Nesse contexto, os direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana e necessários para a inserção do indivíduo nas relações jurídicas cotidianas, tais como as trabalhistas.

Ademais, como bem elucida Arruda, o dano moral é extremamente comum no contexto das relações laborais, considerando, dentre outros fatores, a natureza da atividade e o tempo de vida que se gasta no trabalho.¹¹ Ora, o trabalho em regra é algo permanente e diário. Na prática, o que se verifica é que a esmagadora maioria dos trabalhadores brasileiros passa a maior parte do dia dedicada ao labor. Assim, é fácil compreender que este grande tempo de convivência entre os indivíduos, especialmente em relações de subordinação, é apto a causar não apenas experiências agradáveis, mas também aflições, conflitos de ordem moral, violações à intimidade, vida privada, honra, imagem, higidez física e psíquica.

Vale ressaltar que, embora o empregador e a empresa como pessoa jurídica também possam sofrer violações desta ordem¹², o mais comum é que a parte hipossuficiente da relação

⁹ (DALAZEN, 2017, apud ARRUDA, 2018, p. 194)

¹⁰ (SARLET, 2007, apud PEDUZZI, 2009, p. 17)

¹¹ (ARRUDA, 2018, p. 192)

¹² Súmula 227 do STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

seja a vítima de excessos ou abusos, por já estar submetida ao poder patronal. Em seu desfavor, além da dependência econômica e da dificuldade probatória que sempre existiram, o trabalhador agora teme também a sucumbência processual, visto que a Reforma Trabalhista aumentou os riscos ao preconizar que mesmo o beneficiário da justiça gratuita está sujeito ao pagamento mediante compensação de créditos obtidos em juízo. Assim, estes fatores podem fazer com que a vítima acabe se mantendo na situação de violação.

Mas, na medida em que o trabalhador deve ser visto como sujeito de direito, e não como mero instrumento de produção, necessita de amparo efetivo do ordenamento jurídico para fazer frente aos atos ilícitos que possam atingir sua personalidade. Ou seja, se o ofendido deve superar diversas barreiras para ter acesso a esse provimento, ele não pode ser dado de forma incompleta, pela metade.

Entretanto, essas conclusões e a efetiva preocupação com tutela dos direitos de personalidade no âmbito laboral só foram possíveis após um longo processo histórico.

2.1 Evolução histórica: dignidade da pessoa humana e reconhecimento da esfera moral do trabalhador

Martins-Costa afirma: a ideia de dano está diretamente ligada ao valor historicamente atribuído à pessoa e aos demais bens da vida.¹³

Conquanto já reconhecido desde 1789 na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, é certo que o postulado da dignidade da pessoa humana já passou por várias transformações ao longo da história. Consequentemente, os direitos fundamentais que dela derivam também, ou seja, estes não são sempre os mesmos em todas as épocas.

Analisando o paradigma do Estado Liberal, verifica-se que este princípio era visualizado em um aspecto limitativo das ações estatais e da comunidade contra o titular de direitos.¹⁴ Ou seja, acreditava-se a dignidade da pessoa humana estaria sendo concretizada na medida em que o Estado se abstinha, propiciando a liberdade individual e a autonomia privada. Entretanto, esta concepção revelou-se insuficiente com o avanço do capitalismo, na medida em que o ser humano, que deveria ter sua dignidade protegida, passou a ser explorado pelo capital.

No contexto da Revolução Industrial e consequente formação do proletariado, por exemplo, não havia qualquer discussão sobre a personalidade dos trabalhadores, que eram

¹³(MARTINS-COSTA, 2001, p. 181.)

¹⁴(PEDUZZI, 2009b, p. 29)

explorados nas fábricas até seus limites físicos e psicológicos. Considerando a “alienação física do operário em benefício do processo produtivo”¹⁵, as primeiras normas trabalhistas buscaram limitações de jornada, a garantia de salário mínimo, segurança no ambiente de trabalho, não adentrando, em princípio, na proteção da esfera de integridade íntima e pessoal dos trabalhadores¹⁶.

Importante ressaltar que, mesmo com o posterior surgimento de uma consciência coletiva dos trabalhadores e sua reunião em sindicatos que começaram a fazer frente aos abusos patronais, as reivindicações encaminharam-se a pautas coletivas, restando de certa forma esquecidas as de caráter essencialmente individual.¹⁷ Portanto, como bem destaca Mauro Azevedo Menezes, os trabalhadores permaneceram por muito tempo sob transgressões morais, sem qualquer perspectiva de resgate ou reparação.

Ainda segundo a lição de Menezes, com o Constitucionalismo Social, o cenário começa a se alterar, sendo grandes marcos de proteção do obreiro a Constituição suíça de 1874, a mexicana de 1917 e a alemã de 1919. A total autonomia dos empregadores passa a ser limitada por normas de caráter público que reconhecem garantias fundamentais ao trabalhador enquanto pessoa.

O postulado passou a ser compreendido em um sentido protetivo, de modo que o Estado deveria realizar prestações positivas para assegurá-lo. Nada obstante, ao passo em que a igualdade se contrapôs a ideia de liberdade, ocorreu uma limitação da cidadania¹⁸, cujo exercício é aspecto importante da dignidade da pessoa humana. Assim, o ideal ainda não havia sido concebido em sua forma plena, e tampouco a preocupação com a personalidade dos trabalhadores.

Estes processos foram ainda mais tardios no Brasil, considerando que a primeira Constituição brasileira a mencionar expressamente a dignidade da pessoa humana foi a de 1934¹⁹. A Consolidação das Leis do Trabalho, que data de 1943 também foi um importante marco na proteção do trabalhador enquanto pessoa humana, mas ainda não havia sido positivada a possibilidade de indenização por dano moral, por exemplo, sendo apenas objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Até fins da década de 1980, o dano moral estrito

¹⁵ (MENEZES, 2018, p. 273)

¹⁶ (MENEZES, 2018, p. 274)

¹⁷ (MENEZES, 2018, p. 275)

¹⁸ (PEDUZZI, 2009b, p. 32)

¹⁹ (PEDUZZI, 2009b, p. 27)

ainda era considerado economicamente irreparável, salvo disposição legal expressa em sentido contrário.²⁰

Apenas com o advento do Estado Democrático de Direito foi possível uma compreensão ampla do princípio, que passa a ser visualizado tanto sob uma ótica limitativa de ações do Estado quanto de implementação de direitos, contando com a participação efetiva dos cidadãos.²¹ Importante destacar que, conforme leciona Peduzzi, a dignidade da pessoa humana e os direitos que dela derivam passam a ser, neste ponto, orientadores da interpretação e da aplicação da lei em sentido objetivo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi um grande marco nesse sentido, por ter elevado o princípio à fundamento da República, acatando ainda a tese da indenizabilidade irrestrita dos danos sem conteúdo econômico.

2.2 O Parâmetro Constitucional

Ao reconhecer a indenizabilidade dos danos morais, a Constituição estabeleceu que ela seria orientada notadamente pelo princípio da proporcionalidade, na medida em que preconiza em seu art. 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Posteriormente, o Código Civil de 2002, em consonância com a Lei Maior, definiu como ilícita a ação ou omissão voluntária que viole direito e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186, CC/02), bem como previu que a reparação seria medida de acordo com a extensão do dano (art. 944, CC/02).

Assim, tendo em vista que a própria Constituição não estabeleceu ou autorizou limitações indenizatórias, poderia norma infraconstitucional fazê-lo, em dissonância com os demais preceitos do ordenamento, incluindo os relativos à responsabilidade civil?

A resposta parece ser negativa, razão pela qual, Maurício Godinho Delgado, bem como grande parte da doutrina justrabalhista, sempre identificaram a consideração da posição do ofendido e a tarifação dos danos morais como critérios constitucionalmente repelidos para a fixação de um quantum indenizatório²². E estes foram justamente critérios estabelecidos pela Lei n. 13.467/2017.

²⁰(DELGADO, M. G. 2015, p 667)

²¹(PEDUZZI, 2009b, p. 32)

²² (DELGADO, M. G, 2015, p. 679)

A utilização do salário da vítima como parâmetro para o valor de sua reparação representa claramente uma forma de aferir a posição econômica e social, atribuindo ao sofrimento de uma pessoa mais pobre, por exemplo, menor importância do que teria se possuidora de maior status social ou melhores condições econômicas. Nesse sentido, Sebastião de Oliveira pondera que são “parâmetros francamente discriminatórios²³”.

Quem também compartilha deste entendimento é Maria Celina Bodin de Moraes apud Alice Ribeiro de Souza, para quem “o fato de a vítima mais desfavorecida receber menos pelo mesmo dano sofrido não responde a qualquer critério de justiça.”²⁴ Nesse ponto, portanto, há uma nítida violação à isonomia, prevista no caput do art. 5º, CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Já o tabelamento ou a tarifação dos danos morais parece conflitar com a ordem constitucional, principalmente na medida em que a indenização deve ser proporcional ao agravo, conforme art. 5º, inciso V, da Lei Maior, portanto integral. Ora, para ser integral, a indenização pressupõe a consideração de todas as peculiaridades do caso concreto, as quais o legislador nunca será capaz de antever. Esta é a razão pela qual cabe apenas ao julgador, sem amarras ou limitações prévias, avaliar as lides que cheguem a seu conhecimento.

Nesse sentido, vale citar o entendimento do eminente ministro Ricardo Lewandowski, em voto proferido na ADPF 130, quanto à impossibilidade de tarifação dos danos morais:

[...] o princípio da proporcionalidade, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. **Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção,** diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos.²⁵ (grifou-se)

Assim, o princípio constitucional da reparação integral não se coaduna com uma prévia limitação de valores indenizatórios. Nas palavras de Oliveira, “como não é possível limitar a intensidade da ofensa, também não se pode limitar o valor da indenização.”²⁶

Para mais, o tabelamento também afeta a indeclinabilidade ou inafastabilidade do controle jurisdicional. Isto porque tal princípio, além da dimensão do acesso ao Judiciário, contempla a ideia uma tutela efetiva de direitos por meio do processo. Ora, se os elementos fáticos peculiares de cada caso capazes de elevar o valor indenizatório para além de um teto

²³ (OLIVEIRA, S. G. de, 2017, p. 359)

²⁴ (MORAES apud SOUZA, Alice Ribeiro de., 2014, p. 72)

²⁵ STF. ADPF 130/DF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 3.

²⁶ (OLIVEIRA, S. G. de. 2017, p. 362)

pré-estabelecido não seriam apreciados, não há como se garantir a efetividade da prestação. Mais uma vez se reitera, portanto, a competência do julgador para aferir a ocorrência do dano e assim graduar o ressarcimento.

Ainda em voto proferido no julgamento da ADPF n. 130, o Ministro Lewandowski reconheceu que, apesar da dificuldade intrínseca aos danos morais, os juízes vem cumprindo adequadamente a tarefa de estabelecer um quantum indenizatório.

[...] **a indenização por dano moral** - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - **vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade**, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. **Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal.**²⁷ (grifou-se)

Como bem apontado, o próprio sistema judicial possui mecanismos aptos a corrigir eventual decisão desproporcional, tanto a menor quanto a maior. Ou seja, em casos isolados de indenizações fixadas fora dos parâmetros constitucionais, que certamente podem ocorrer, as partes dispõem de meios recursais para rever e adequar os valores. Inclusive, existe certa flexibilização da súmula 126 do TST, segundo a qual é “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, letra b da CLT) para reexame de fatos e provas.” O entendimento pacífico da Corte Superior trabalhista é no sentido de que o valor arbitrado a título de indenização por dano moral poderá revisado na instância extraordinária nos casos em que se vulneram os preceitos de lei ou Constituição os quais emprestam caráter normativo ao princípio da proporcionalidade.

2.3 O Mito Da Insegurança Jurídica

Como afirmado na introdução ao presente trabalho, os principais argumentos em favor do tabelamento dos danos extrapatrimoniais foram: i) a garantia da previsibilidade das decisões e maior segurança jurídica, que seriam atingidas com a restrição da função interpretativa do julgador; e ii) argumentos de ordem econômica, considerando o impacto dos valores fixados a título de indenização na esfera do empregador, em regra, e no mercado como um todo.

É exatamente o que se colhe do parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, em que o Deputado Rogério Marinho, relator da comissão, defende o que viria a ser o art. 223-G:

²⁷ STF. ADPF 130/DF. Voto Ministro Ricardo Lewandowski, p. 4

A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cidadãos. Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes. Do mesmo modo, são comuns indenizações que desconsideram a capacidade econômica do ofensor, seja ele o empregado ou o empregador, situação que se mostra agravada no caso dos empregadores, porquanto ações de prepostos podem gerar valores que dificultem, ou mesmo inviabilizam, a continuidade do empreendimento.

Diante desses fatos, estamos propondo a inclusão de um novo Título à CLT para tratar do dano extrapatrimonial, o que contempla o dano moral, o dano existencial e qualquer outro tipo de dano que vier a ser 47 nominado. **A inserção desses dispositivos na CLT evitará que tenhamos decisões díspares para situações assemelhadas, como temos visto com alguma frequência em nosso Judiciário. Acreditamos que essa medida facilitará a atuação dos magistrados do trabalho, que terão critérios objetivos para definir o valor da indenização, sem que tenham a sua autonomia decisória ferida.**²⁸ (grifos próprios)

Nada obstante, o argumento da segurança jurídica perde força na medida em que se analisam os resultados da pesquisa realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, a qual foi entregue ao Ministério da Justiça em 2011. O estudo, intitulado “A quantificação do dano moral no Brasil. Justiça, Segurança e Eficiência”, buscou responder ao seguinte questionamento: “haveria uma discricionariedade excessiva do Poder Judiciário no estabelecimento dos valores de danos morais, capaz de comprometer a previsibilidade das decisões e o tratamento igual de casos iguais?”²⁹

Por meio de levantamento jurisprudencial nas justiças estadual, federal e do trabalho, foram comparados os valores concedidos a título de indenização em casos semelhantes, bem como os critérios de cálculo utilizados. Os dados permitiram concluir que, ao contrário do que se alega, há razoável consistência quanto aos valores arbitrados, que não costumam ser discrepantes ou exorbitantes. Nesse sentido:

o temor de que a ausência de critérios legislativos expressos para o cálculo de danos morais leve a uma situação de imprevisibilidade das decisões e grande desigualdade de tratamento entre as pessoas não encontram respaldo na realidade da jurisprudência brasileira. Diante disso, é possível concluir que qualquer interferência legislativa para tabelar o valor de danos morais seria desnecessária³⁰.

Além de desnecessária, a interferência legislativa no sentido do tabelamento poderia ter o efeito inverso ao esperado, na medida em que a segurança jurídica não necessariamente

²⁸ COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 6.787, DE 2016, DO PODER EXECUTIVO, QUE "ALTERA O DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943 - CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, E A LEI Nº 6.019, DE 3 DE JANEIRO DE 1974, PARA DISPOR SOBRE ELEIÇÕES DE REPRESENTANTES DOS TRABALHADORES NO LOCAL DE TRABALHO E SOBRE TRABALHO TEMPORÁRIO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS" Presidente: Deputado DANIEL VILELA Relator: Deputado ROGÉRIO MARINHO Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961> acesso em 28.10.2018.

²⁹ (PUSCHEL, 2011, p. 11)

³⁰ (PUSCHEL, 2011, p. 32)

está relacionada a existência de normas fechadas. O estudo pondera que a norma jurídica aberta pode produzir mais segurança jurídica a depender do objeto regulado³¹.

Do exposto até aqui, verifica-se que os argumentos do legislador em favor da nova disciplina dos danos extrapatrimoniais ignoraram a complexidade da questão, todo o processo histórico necessário até a tutela da personalidade do trabalhador e a realidade fática atual de arbitramento das indenizações a título de dano moral.

O que se apresenta é uma aparente inversão de valores, pois existe uma precedência lógica da dignidade da pessoa humana sobre todos os demais direitos. Nessa medida, os argumentos econômicos e em prol de uma suposta segurança jurídica não poderiam se sobrepor e limitar a tutela efetiva dos direitos da personalidade dos trabalhadores. Ainda, persiste uma prioridade política pela defesa da economia em detrimento dos direitos trabalhistas, a qual será discutida no Capítulo 4.

³¹ (PUSCHEL, 2011, p. 54)

3. A COMPLEXIDADE DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: O ALERTA DE JACQUES DERRIDA

Uma vez levantadas as incompatibilidades fáticas entre o tabelamento dos danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho e a Constituição Federal de 1988, isto é, apontados os preceitos constitucionais supostamente violados pelo art. 223-G da Lei 13.467/2017, é possível questionar a inovação legislativa do ponto de vista filosófico, por meio dos argumentos do franco-argelino Jacques Derrida.

Ao participar de um evento acadêmico no ano de 1989, intitulado *“Deconstruction and the possibility of Justice”*, Derrida tocou em pontos nodais para a compreensão da complexidade dos danos imateriais, tanto no que tange à aferição quanto à fixação de um *quantum* indenizatório. Na época, a questão essencial que norteou sua exposição disse respeito à possibilidade (ou não) de se afirmar a justiça de uma decisão, ou até mesmo de se falar em justiça, pura e diretamente.³²

Aplicando estas indagações ao presente debate sobre a disciplina dos danos extrapatrimoniais, seria possível cogitar que um juiz ou tribunal profira decisão justa em um caso concreto, estando previamente restrito a uma tabela? Ainda, existe alguma possibilidade de decisão justa, mesmo que livre e fora desta tabela? Segundo a lógica derridiana, a resposta seria negativa para todas as opções.

Para chegar a tais conclusões, o precursor do Desconstrucionismo³³ se dedicou, em apertada síntese, a analisar as unidades de sentido (palavras, conceitos, institutos) de modo a descobrir o princípio que os forma. Isto porque, acredita-se que os conhecimentos difundidos e herdados por meios textuais e através da linguagem denotam interpretações, e não necessariamente fatos incontroversos. Portanto, a partir de um estudo dos fundamentos teóricos dos “conceitos”, de sua origem e história, seria possível reconhecer fragilidades e apontar paradoxos, o que é feito não por mera especulação, mas com a pretensão de mudar para melhor o estado de coisas vigentes.

A aplicação de seus estudos sobre a linguagem às questões do mundo jurídico se revela extremamente pertinente, considerando que a prática do direito - sob a ótica de Ronald Dworkin, por exemplo - é fundamentalmente interpretativa e argumentativa³⁴, isto é, se apoia

³² (DERRIDA, 2010, p. 17 e 32.)

³³ Movimento intelectual que procura desfazer a interpretação tradicional dos textos literários e filosóficos na cultura ocidental, desestruturando simultaneamente os valores e as “verdades” vinculados a esta tradição, tendo como fundamento uma concepção pluralista e polissêmica do processo significacional;

³⁴ (DWORKIN, 2007b, p. 112)

em conceitos interpretativos, sobre os quais não há acordo linguístico. Ainda, como bem apontado por Lorenzetto e Kozicki, na medida em que a desconstrução evidencia uma interpretação do direito que reconhece a sua indeterminação de sentido, o torna melhor preparado para “fazer frente ao crescente grau de complexidade e ao incremento do número de conflitos, típicos das sociedades contemporâneas”³⁵

Assim, por meio da desconstrução, que nunca será objetivamente conceituada, o filósofo verifica que Direito e Justiça pertencem a planos distintos, sendo o Direito uma construção humana e a Justiça vista como um ideal, “a experiência daquilo que não podemos experimentar”³⁶.

No entanto, importante ressaltar que Derrida, ao elucidar essa distância que existe entre o Direito e a Justiça, não se presta a justificar a adoção de objetivos outros pelo Direito. Sua constatação pode servir, na verdade, como um alerta de que a busca necessária pela Justiça exige mais dos atores deste meio do que a mera conformação com as normas vigentes, as quais certamente cristalizam interesses morais, econômicos e políticos dominantes. Existe, segundo o filósofo, uma responsabilidade diante da memória³⁷, de lembrar a história, e assim possibilitar que as revoluções jurídico-políticas aconteçam.

O processo de evolução, portanto, pressupõe a desconstrução. É necessário dar alguns passos atrás, para desconfiar dos pressupostos que fundam conclusões muitas vezes tidas por incontroversas, mas que admitiriam outros significados.

Em suma, o raciocínio que será exposto buscará provocar uma reflexão a respeito da nova legislação trabalhista, que parece estar indo na contramão do ideal proposto por Derrida. Ademais, buscará evidenciar porque a indenização por danos de natureza extrapatrimonial é vista como um cálculo indecidível, mas que precisa ser feito.

3.1 A tensão entre Direito e Justiça

Foi por meio da desconstrução que o filósofo Jacques Derrida evidenciou gradualmente a distinção entre o Direito e a Justiça - distinção nada óbvia, vez que, como o mesmo leciona, não se trata de simples oposição: “o direito pretende exercer-se em nome da justiça, e [...] a justiça exige ser instalada num direito que deve ser posto em ação.”³⁸

³⁵(LORENZETTO; KOZICKI, 2009, p. 7168)

³⁶(DERRIDA, 2010, p. 30)

³⁷(DERRIDA, 2010, p. 36)

³⁸(DERRIDA, 2010, p. 42)

Partindo da expressão idiomática do inglês “*to enforce the law*” - cuja tradução para “aplicar a lei” resulta em certa perda de significado - verificou-se que a própria estrutura analítica do conceito de direito implica a possibilidade dele ser “*enforced*”, ou seja, aplicado pela força.³⁹ Mas a palavra força é polissêmica, como aponta Derrida, e seu uso requer bastante cuidado, embora extremamente necessário à presente discussão.

Pode-se afirmar que o direito possui uma força que lhe é inerente e que assegura sua aplicabilidade, mas em que medida esta força difere da violência passível de ser julgada como injusta?⁴⁰ Tal pergunta é proposta pelo autor e começa a ser respondida por meio de um retorno às origens do Direito, momento em que o filósofo se depara com o paradoxo de “um direito que se funda a si mesmo”⁴¹, autorreferente. Isto é, ele reconhece que o direito, em seu momento instituidor, se valeu de uma violência que, em última instância, não possui fundamento. Trata-se de uma violência “performativa” e “interpretativa”, a qual se baseou apenas sobre ela mesma, criando uma oposição entre o fundado e o não fundado⁴². Não havia, naquele instante, qualquer critério capaz de contradizê-la ou invalidá-la.

Portanto, ao contrário do que se poderia imaginar, o golpe de autoridade que instaura o direito não foi dado em nome da justiça, e tampouco a obediência da sociedade em relação ao ordenamento jurídico até os tempos presentes se deve a critérios de justiça. Nesse sentido, retomando o pensamento de Montaigne, que já atribuía às leis um “fundamento místico da autoridade” que não a justiça, Derrida reitera: “A autoridade das leis repousa no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento.”⁴³

Para mais, essa possibilidade de regresso à origem, o fato de existir um processo de criação e construção humana do direito no tempo, revela que o mesmo pode ser desconstruído, desmontado, ter cada parte desse processo revisitado. Ainda, é certo que seu eminente caráter textual e linguístico também permite constantes reinterpretações, ou, nas palavras do filósofo, o fato dele ser “construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis”⁴⁴, as quais de certo são moldadas de acordo com interesses econômicos e políticos de grupos dominantes da sociedade⁴⁵. Sob este *prima*, portanto, o direito deve sofrer constantes reavaliações, que o confirmem ou que exponham suas falhas possibilitando reajustes.

³⁹(DERRIDA, 2010, p. 8)

⁴⁰(DERRIDA, 2010, p. 9)

⁴¹(OLIVEIRA, P.H.B, 2009, p. 221)

⁴²(DERRIDA, 2010, p. 26)

⁴³(DERRIDA, 2010, p. 21)

⁴⁴(DERRIDA, 2010, p. 26)

⁴⁵(DERRIDA, 2010, p. 23)

Por outro lado, o mesmo não se pode afirmar sobre a justiça, conceito de caráter aberto, que, como aponta Derrida, não possui marco temporal, é uma ideia infinita, incalculável⁴⁶. Em verdade, na medida em que a desconstrução infirma institutos até então consolidados propiciando um processo de transformação e de avanços, o autor conclui que ela poderia ser identificada como a própria justiça⁴⁷, ou pelo menos que a desconstrução acontece por exigência da justiça.

O uso do termo tensão se justifica, pois, considerando o caráter desconstrutível do direito e indesejável da justiça, bem como pelas aporias (caminhos sem saída) identificadas pelo autor quando tenta conciliá-los.

Em suas palavras:

O direito não é a justiça. O direito é o elemento de cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, e as experiências aporéticas são experiências tão improváveis quanto necessárias da justiça, isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantido por uma regra⁴⁸.

É justo que haja um direito. Portanto, frisa-se que o propósito de sua análise não é a destruição do conceito e tampouco se afirma que as leis deveriam deixar de ser aplicadas. Como se verá, a existência de regras pré-existentes é tão problemática quanto necessária para um Direito que busca a Justiça.

O esforço argumentativo de Derrida até então permite concluir, dentre outras distinções, que uma decisão legítima, conforme o direito vigente, não significa uma decisão justa. Como se viu, o direito surge apoiando-se sobre ele mesmo, sem qualquer relação com a justiça. Em trecho irretocável, o filósofo explicita a grande preocupação nesse sentido:

Como conciliar o ato de justiça, que deve sempre concernir a uma singularidade, indivíduos, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu como outro, numa situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça, que têm necessariamente uma forma geral, mesmo que essa generalidade prescreva uma aplicação que é, cada vez, singular?⁴⁹

Com efeito, no âmbito do dano extrapatrimonial este questionamento é de profunda relevância, senão o mais importante, considerando o caráter subjetivo que lhe é inerente e diante da impossibilidade de valorar objetivamente a dor psicológica humana. A isto soma-se o fato de que experiência vivida por cada indivíduo será expressada por uma língua que

⁴⁶(DERRIDA, 2010, p. 41)

⁴⁷(DERRIDA, 2010, p. 27)

⁴⁸(DERRIDA, 2010, p. 30)

⁴⁹(DERRIDA, 2010, p. 31)

possui limitações, como largamente explorado por Derrida em suas obras, de modo que o próprio apelo por um cálculo já não carregará toda a carga que a experiência do dano criou.

Portanto, se o ato de justiça concerne a uma singularidade e a situações únicas, como poderia o tabelamento de indenizações garantir ou ao menos se aproximar deste ideal? Um limite prévio que dispensa a consideração das peculiaridades capazes de elevar o valor indenizatório acima do teto parece uma contradição do que seria justo para Derrida.

Mas porque não é possível eliminar as regras, por exemplo? Assim seria atingida a justiça?

3.2 As três aporias: o cálculo do dano extrapatrimonial como indecível

Como explicitado por Derrida, as aporias são um não-caminho⁵⁰, uma não-passagem ou caminho sem saída. O filósofo, ao analisar Direito e Justiça, identificou três grandes impasses que impossibilitam a afirmação da justiça das decisões.

A primeira delas a ser enunciada foi “A *epokhé* da regra”. O termo *epokhé*, de origem grega, significa suspensão do juízo, informa a impossibilidade de tomar uma decisão: nem se afirma nem se nega determinada proposição. No caso, a grande problemática quanto às regras é que elas são necessárias para direcionar as decisões judiciais, mas ao mesmo tempo, seus padrões rígidos não são suficientes para compreender toda a especificidade de um caso concreto, que é sempre único. Assim, se por um lado a decisão sem regra é arbitrária, a decisão exclusivamente baseada na regra é incompleta. Em verdade, a mera aplicação de regras ao caso concreto sequer é considerada decisão, na concepção de Derrida⁵¹.

As regras não podem ser abandonadas, na medida em que são garantidoras de segurança jurídica e instrumental para a solução dos conflitos sociais. Mas, segundo o filósofo, devem ter seu valor confirmado a cada caso, por meio de um “ato de interpretação restaurador”.⁵² Portanto, segundo Derrida, todo julgamento deveria ser único e “fresco” (*fresh judgment*)⁵³, considerando todas as particularidades da experiência.

Como fazer isso sem violar a generalidade da regra, sem abandonar mesmo essa regra ou, ainda, sem tornar seu conteúdo, inscrito no texto passado, tão fluido que ele já não sirva mais como um instrumento de mediação e estabilização, funções caracterizadoras do direito?⁵⁴

⁵⁰ (DERRIDA, 2010, p. 30)

⁵¹ (DERRIDA, 2010, p. 43)

⁵² (DERRIDA, 2010, p. 44)

⁵³ (DERRIDA, 2010, p. 44)

⁵⁴ (LORENZETTO; KOZICKI, 2009, p. 7168)

Obviamente sem chegar a uma solução, ele passa à segunda aporia (ou a uma segunda forma da mesma aporia), que foi nomeada “A assombração do indecidível”. Esta se apresenta a toda decisão livre, na medida em que a própria decisão de calcular não é da ordem do calculável. Para mais, Derrida pondera que a decisão efetivamente justa seria única e indiscutível. Mas, se o objeto dela for da ordem do incalculável, como garantir pelo cálculo essa resposta correta?

Ora, uma das características intrínsecas aos direitos da personalidade é justamente a extrapatrimonialidade. Assim, o dano a direitos que irradiam da mesma nunca poderá ser precisamente aferido ou compensado em termos pecuniários. É pacífica a impossibilidade de valorar a dor psicológica humana, o que a coloca na ordem do incalculável, ao passo que a regra e o valor indenizatório são calculáveis.

Nas palavras do autor, “Indecidível é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, deve entretanto – é de dever que é preciso falar – entregar-se à decisão impossível, levando em conta o direito e a regra.”⁵⁵

Por fim, a terceira aporia que se apresenta é “a urgência que barra o horizonte do saber”. Derrida esclarece que não há tempo para que o julgador busque o conhecimento pleno e sem limites que a questão mereceria. Ele deverá necessariamente interromper a reflexão e a deliberação que seriam infinitas, em um momento de urgência. Isto porque uma decisão justa é sempre requerida imediatamente, de pronto, o mais rápido possível.⁵⁶ No caso dos direitos de personalidade, que são fundamentais, dotados eficácia plena e aplicabilidade imediata, uma vez cometido o ato ilícito que os viole, surge o dever de indenizar. Neste sentido cabe relembrar a fala de Rui Barbosa, citado por Silva e Araújo: “Justiça tardia não é justiça, é injustiça manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”⁵⁷

O fato é que, mesmo reconhecidos todos estes impasses, eles não podem paralisar, especialmente os atores do meio jurídico, a ponto de criar uma conformação com o estado de coisas vigente.

Esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de álibi para ausentar-se das lutas jurídico-políticas, no interior de uma instituição ou de um Estado, entre instituições e entre Estados.⁵⁸

⁵⁵ (DERRIDA, 2010, p. 46)

⁵⁶ (DERRIDA, 2010, p. 51)

⁵⁷ (RUI BARBOSA SILVA e ARAÚJO, 2016, p.162)

⁵⁸ (DERRIDA, 2010, p. 55)

Isto porque “a justiça incalculável *manda* calcular”⁵⁹. Assim, jamais a dificuldade do caso ou a natureza incalculável do objeto poderá ser escusa para que este deixe de ser apreciado, ou para que seja apreciado pela metade. O ordenamento jurídico brasileiro reconhece este dever, positivado pelo princípio da indeclinabilidade ou inafastabilidade da jurisdição⁶⁰. Ainda, é necessário que haja um compromisso ético de continuar realizando o cálculo, mas da maneira que mais se aproxime da justiça, da singularidade, para além do que já se sabe agora. Pois caso contrário, a ideia incalculável pode ser reapropriada de modo perverso, a ponto de abandonarmos um cálculo consciente pelo tabelamento, por exemplo.

O incômodo de perceber que as decisões judiciais não refletem a justiça por si só deve estimular maiores esforços nesta perseguição. Os momentos de suspensão do juízo são tormentosos, porém são eles que possibilitam grandes viradas. Assim, devem ser encarados com esperança e não com tristeza. No que diz respeito às inovações estabelecidas pela Reforma Trabalhista, especialmente quanto à tutela dos direitos de personalidade, também se aplica a mesma lógica:

Embora o momento seja delicado e complexo, acaba por incitar estudos e pesquisas que ultrapassam a trivial consulta ao texto da lei ou às ementas de jurisprudência, provocando uma análise mais detida sobre os temas. Parece-me que o dano moral ou no linguajar da nova lei, o “dano extrapatrimonial” trouxe com sua regulamentação na CLT, o poder de germinar amplos debates, cuja esperança é que sejam frutíferos para aperfeiçoar o sistema jurídico nacional e sua aplicação ao direito do trabalho.⁶¹

3.3 Conclusões parciais

Considerando o surgimento do Direito como uma autoridade autorreferente e que se auto valida, não é possível afirmar que suas manifestações sejam justas. Entretanto, o fato dele ser construído sobre camadas interpretativas e textuais permite a sua desconstrução, ou seja, que o Direito seja constantemente aprimorado por uma exigência de Justiça.

A Justiça seria alcançada na perfeita conciliação entre a singularidade de cada caso, único e imprevisível, e a previsibilidade geral da regra, a não arbitrariedade. Porém, na medida em que é paradoxal a existência de uma decisão regrada e ao mesmo tempo sem regra, a justiça acaba sendo um *por vir*, uma necessidade que não se realiza no tempo presente, mas que é constantemente perseguida em razão de um compromisso ético.

A atual disciplina dos danos extrapatrimoniais, estabelecida pela Lei n. 13.467/2017, na medida em que tabela valores indenizatórios, se afasta do ideal de Justiça de que fala

⁵⁹ (DERRIDA, 2010, p 55.)

⁶⁰ (BRASIL, 1988)

⁶¹ (ARRUDA, 2018, p. 191)

Derrida. Isto porque ela exclui da apreciação pelo julgador as singularidades de cada caso concreto capazes de superar um teto indenizatório. Portanto, não permite a decisão única, completa e indiscutível que seria justa. A norma, ao se deparar com a natureza incalculável dos danos morais, se rende e apenas estabelece o cálculo mais prático possível, reduzindo drasticamente a complexidade do caso e da experiência do indivíduo. Ainda cria distinções de indenização para um mesmo dano considerando o salário do ofendido. Não enfrenta os desafios do cálculo livre e consciente, não tem a preocupação de ir além como propõe o filósofo.

Este engessamento do julgador é prejudicial ao trabalhador em todos os aspectos. Uma vez que o ramo justralhista possui função protetiva do hipossuficiente, bem como uma hierarquia plástica das normas, devendo prevalecer a mais favorável, não há sentido em estabelecer um regramento pior e mais restritivo para a tutela dos danos extrapatrimoniais em relação a todas as outras áreas do direito, regidas pela legislação cível.

Ao mesmo tempo em que o Estado Democrático de Direito deve propiciar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, por meio de regras e parâmetros pré-existentes, quando se trata de danos morais, essa previsibilidade não pode ser absoluta ao ponto de se estabelecer uma tabela. Ainda, não se autoriza que a pretexto de alcançar maior segurança jurídica (argumento que já se mostrou questionável), sejam violados direitos fundamentais com assento constitucional tais como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a inafastabilidade do controle jurisdicional e a reparação integral do dano.

Embora problemático, o contexto atual vem propiciando discussões profundas, revisões de interpretações, o que, como elucida Derrida, é pressuposto para o aperfeiçoamento do Direito e para o acontecimento de revoluções ainda mais amplas.

Nada obstante, existem outras perspectivas. Diferentemente do que sustentou Derrida, há pensadores que admitem a justiça como objetivo efetivamente possível de ser concretizado por meio de decisões judiciais. Entretanto, a justiça passa a ter uma nova interpretação, que varia de acordo com a finalidade que se atribui ao Direito.

No capítulo seguinte, será exposta a concepção da Análise Econômica do Direito, segundo a qual, a justiça está na maximização da riqueza social. Para alcançar esta meta, acredita-se que discricionariedade dos juízes deve ser orientada de modo a garantir o melhor resultado para o futuro da coletividade, obedecendo a critérios de eficiência e análise de custo-benefício.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

4.1 Contextualização

Conforme constata Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, os sistemas jurídicos vêm sendo amplamente influenciados pela globalização da economia, o que pode ser observado, dentre outras perspectivas, através da tendência de supressão ou redução de direitos atualmente experimentada⁶².

No Brasil, essa realidade se torna cada vez mais evidente, considerando, por exemplo, a preponderância de argumentos econômicos na discussão que levou à aprovação da Lei n. 13.467/2017 - Reforma Trabalhista. Uma vez abordado o argumento em prol de uma maior segurança jurídica no primeiro capítulo deste estudo, inicia-se a discussão acerca dos impactos das indenizações por danos imateriais na esfera dos empregadores e na economia como um todo.

A fim de preservar a estabilidade econômica, foram estabelecidos tetos indenizatórios para cada “nível” de dano, com base no salário do ofendido, que deveriam ser observados pelo julgador de modo a evitar também um possível enriquecimento ilícito da vítima.

Mas afinal, considera-se legítima a decisão judicial que, fundamentada com base em argumentos econômicos e políticos, restringe direitos fundamentais? Seria admissível o estabelecimento de normas e políticas públicas que visem ao desenvolvimento econômico futuro da sociedade, mesmo que estas violem um compromisso constitucional de proteção a direitos fundamentais individuais, tais como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, e a reparação integral dos danos? Estas são as grandes questões que se apresentam quando analisado o tabelamento dos danos imateriais.

Na concepção da Análise Econômica do Direito (AED), os argumentos econômicos são, além de válidos, os ideais a serem observados de modo a guiar tanto as proposições legislativas e políticas públicas como as decisões judiciais em casos difíceis, nos quais não seja possível apenas subsumir o caso concreto a uma regra pré-existente, ou na hipótese de um conflito entre regras, por exemplo. A tomada destas decisões, segundo esta teoria, deve

⁶² (PEDUZZI, 2009a, p. 93)

necessariamente passar por uma análise de seus efeitos sobre os agentes, verificar se estes efeitos são socialmente desejáveis, e se fornecem incentivos aos agentes econômicos⁶³.

Sendo assim, percebe-se que o tabelamento dos danos imateriais seria acolhido pela AED como uma prática adequada, na medida em que o ressarcimento do dano ocorreria, porém limitado de forma a não prejudicar o desenvolvimento econômico, que seria benéfico para toda a sociedade.

Considerando, portanto, o respaldo que o tabelamento encontra na Análise Econômica do Direito, necessário compreender como este raciocínio surgiu e vem sendo desenvolvido, as principais propostas da *Law and Economics* e as críticas mais relevantes que se colocam. Este estudo, que não possui a pretensão de exaurir os argumentos econômicos, buscará elucidar os principais pontos sobre a questão, predominantemente pela perspectiva de Richard Allen Posner.

4.2 Origem e propostas

Posner, expoente da *Law and Economics*, acredita ser possível a aplicação de ferramentas e critérios econômicos na área jurídica.

É certo que a aproximação destas áreas de conhecimento gera certa desconfiança, na medida em que parecem ter lógicas e objetivos distintos. Como já evidenciado por Derrida, o direito almeja a justiça, devendo existir um compromisso ético dos agentes nesse sentido. Por outro lado, a economia persegue a eficiência na alocação de recursos escassos. Assim, até que ponto estes objetivos poderiam ser conciliados?

Os partidários da Análise Econômica do Direito acreditam que estes podem ser reunidos, perseguidos como sendo um só. Nesse sentido afirmam Gonçalves e Stelzer:

[...] é indubitável perceber que a decisão eficiente pode, por vezes, ser injusta; porém, a decisão ineficiente certamente será injusta, até mesmo, pelo desperdício de energias. Justiça e eficiência são, portanto, metades da mesma verdade que se sobrepõem alternadamente ou se complementam ordenadamente.⁶⁴

Percebe-se que, em sua ótica, a melhor forma de aproximação do direito com a justiça seria prezar pela eficiência das normas e decisões judiciais. A esta conclusão também chega Posner, segundo Bruno Salama:

⁶³ (TABAK, 2015, p. 321)

⁶⁴ (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 78.)

O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas.⁶⁵

Mas com base em que premissas Posner afirma este ideal de aplicação? O jurista, que é professor universitário e magistrado do Tribunal de apelação da 7ª região nos Estados Unidos, acredita ser possível a aplicação de ferramentas e critérios econômicos na área jurídica, visto que a economia, para além de um estudo dos mercados, poderia ser definida como a ciência dos comportamentos e escolhas racionais. Logo, na medida em que as pessoas agem racionalmente de modo a maximizar a satisfação de seus interesses pessoais, reagindo a incentivos e restrições mesmo em transações não mercadológicas, outros campos “não óbvios” também poderiam ser regidos pelo aparato conceitual construído por economistas.⁶⁶

Esta lógica, conhecida como a teoria das escolhas racionais, remonta ao final do século XVIII, quando Jeremy Bentham – filósofo, jurista e economista – elaborou sua teoria utilitarista da punição criminal. Segundo a interpretação de Bentham, os crimes são praticados quando o autor espera obter um prazer que excede a dor esperada de sua ação, ou seja, quando o benefício decorrente do ilícito supera a estimativa de custos⁶⁷. Nesse sentido, para coibir a prática dos crimes, o Estado deveria estabelecer penas que imponham uma quantidade de sofrimento superior ao prazer que se possa obter com o ilícito, tornando-o desvantajoso. Assim, este modelo de comportamento econômico humano, ainda que não monetário, foi o que possibilitou a expansão dos horizontes da economia.

Ocorre que Bentham, diante desta constatação sobre a psicologia humana, defendia não apenas uma teoria utilitarista da punição criminal, mas um utilitarismo amplo, tanto como teoria da moral individual quanto da justiça social.⁶⁸ Nesse sentido, ele define a promoção da maior felicidade ou utilidade como objetivo social a ser perseguido. As políticas públicas, em sua concepção, deveriam garantir a maior felicidade para o maior número de pessoas possível, diminuindo a dor. O valor moral das ações e instituições, por exemplo, também deveria ser

⁶⁵(SALAMA, 2008)

⁶⁶(POSNER, 2010, p. 4)

⁶⁷(POSNER, 2011, p. 33)

⁶⁸(POSNER, 2010, p. 63)

julgado por sua eficácia na promoção da felicidade acumulada pelos integrantes da comunidade⁶⁹.

Obviamente, em razão da enorme subjetividade que estes critérios envolvem, e diante da impossibilidade prática de aferi-los, as políticas em sua defesa se mostraram “esquizofrênicas”⁷⁰. Nem mesmo seu campo de ação era determinado, considerando que prazer e dor até mesmo os animais sentem. Deveriam ser estes considerados para a maximização? E os estrangeiros, entram no cálculo de felicidade do país, ou deveriam ser ignorados? E os que ainda não nasceram? Não haviam respostas claras.

Desse modo, a versão original e mais intransigente da teoria padecia diante de inúmeras críticas, que impossibilitaram sua sustentação especialmente do ponto de vista moral. Conforme afirma Posner, o utilitarismo “não é fonte de orientação confiável para a formulação de soluções para a sociedade”⁷¹, e o estabelecimento da felicidade ou prazer como objetivo social a ser perseguido é problemático especialmente em três aspectos.

Inicialmente, porque a maximização do prazer não parece ser um real objetivo de vida das pessoas. Embora seja importante, a felicidade não é tudo, e os indivíduos provavelmente rejeitariam uma vida utópica, um estado de felicidade hipnótica. Ainda, uma segunda e grave falha a ser citada diz respeito ao “tratamento das pessoas como células de um organismo social e não como indivíduos”⁷². Isto porque, ao agrupar a utilidade de todas as pessoas em um somatório geral, legitima-se o sacrifício proposital de inocentes em prol da maioria. Por fim, o terceiro defeito identificado é sua excessiva elasticidade: não há princípios que limitem o utilitarismo.⁷³

Destarte, Posner dedica boa parte de suas obras à tentativa de desvincular a sua economia normativa deste utilitarismo, alertando que a teoria econômica em moldes similares aos atuais teria ocorrido entre 1958 (ano de publicação do *Journal of Law and Economics*) e 1973 (ano de publicação de seu livro *Economic Analysis of Law*)⁷⁴. Dois séculos depois, e contando com as contribuições de Ronald Coase, Guido Calabresi e Gary Becker, quem aperfeiçoou a teoria de Bentham e incorporou o conceito hodiernamente conhecido como custo-benefício, a maximização da riqueza passa a ser proposta como objetivo social

⁶⁹(POSNER, 2010, p. 39)

⁷⁰ (POSNER, 2010, p. 40)

⁷¹ (POSNER, 2011, p. 99)

⁷² (POSNER, 2011, p. 100)

⁷³(POSNER, 2011, p. 101)

⁷⁴ (POSNER, 2011, p. 4)

moralmente superior, tendo em vista que seria passível de mensuração, ao contrário da utilidade, e envolveria um maior respeito às escolhas individuais⁷⁵.

A riqueza, compreendida como “a soma de todos os objetos aos quais uma sociedade atribui valor, tanto os tangíveis quanto os intangíveis”⁷⁶, é maximizada quando estes bens pertencem às pessoas com a maior disposição a pagar pelos mesmos.

O estudo interdisciplinar, agora orientado em direção a outro objetivo, possibilitaria a compreensão e aperfeiçoamento do Direito. Ademais, Posner defende que a utilização de critérios econômicos no campo jurídico garante maior neutralidade na resolução de questões politicamente controversas, na medida em que o economista não favorecerá nenhum dos lados, apenas a eficiência⁷⁷. Gonçalves e Stelzer também compartilham deste entendimento:

[...] ponto crucial da LaE é o fato desta espelhar critério preestabelecido, não aleatório – pois uma vez adotado como ideal de justiça, não mais sofre injunções político-ideológicas outras que não as restritas regras maximizadoras de resultados em mercado, uma vez que, este é elemento de preocupação constante do homem.⁷⁸

Desse modo, a teoria econômica está situada em um ponto intermediário entre o positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional⁷⁹, na medida em que reconhece a insuficiência do instrumental jurídico-normativo para a resolução das demandas, ou seja, que o julgador possui discricionariedade em casos difíceis, mas que esta deve ser orientada por critérios de custo-benefício, eficiência e visando a maximização da riqueza social.

Para garantir este desenvolvimento é que sua teoria foi dotada de dois aspectos: um descritivo e um normativo. A parte descritiva é encarregada de “identificar a lógica e as consequências econômicas das doutrinas e instituições”⁸⁰, enquanto a normativa deverá orientar “os juízes e outros defensores do interesse público quanto aos métodos mais eficientes de regulamentação da conduta através do direito”⁸¹.

Segundo Posner, a preocupação racional e prática com os possíveis impactos das normas seria imperativa também para garantir que a intenção do legislador seja respeitada e que a norma não acabe produzindo consequências nocivas a quem se buscava proteger. Como

⁷⁵ (POSNER, 2010, p. 79)

⁷⁶ (POSNER, 2011, p. 101)

⁷⁷ (POSNER, 2011, p. 11)

⁷⁸ (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 86)

⁷⁹ (POSNER, 2010, p. XI).

⁸⁰ (POSNER, 2011, p. XII)

⁸¹ (POSNER, 2011, p. XII)

exemplo disto, o autor comenta os efeitos de uma lei federal previdenciária dos Estados Unidos, conhecida como ERISA (*Employee Retirement Income Security Act*)⁸².

Em suma, a referida lei passou a exigir que os empregadores que criassem planos de previdência com benefícios definidos concedessem aos empregados a possibilidade de recolherem seus benefícios de forma proporcional após 5 anos. O objetivo da lei era corrigir o abuso do empregador que criasse um plano sem benefício proporcional e demitisse o empregado às vésperas da aposentadoria.

Entretanto, o jurista argumenta que, com base em estudos empíricos, esta prática abusiva não era comum antes da ERISA. Ainda, o autor se posiciona no sentido de que os termos da aposentadoria deveriam ser uma questão negocial entre empregador e o candidato a empregado, e não uma imposição unilateral.⁸³ A própria concorrência entre empregadores daria a oportunidade dos candidatos escolherem entre diferentes pacotes de benefícios salariais, de acordo com suas preferências individuais.

Ademais, a ausência de benefício proporcional, na concepção de Posner, estimulava os trabalhadores a exercerem satisfatoriamente suas tarefas, mesmo nos últimos anos de emprego, pois dependiam disso. Consequentemente, este bom rendimento geraria investimentos em capital humano pelo empregador, elevando o salário dos empregados no final da carreira. O empregador não cometeria o abuso das demissões oportunistas tanto para preservar sua reputação de honestidade como para evitar os custos da contratação e treinamento de empregados inexperientes⁸⁴.

A lei previdenciária, na visão de Posner, na verdade teve efeitos negativos sobre os próprios empregados. Estes se sentiriam menos estimulados a apresentar bons rendimentos, o que geraria uma queda em seus salários. Haveria menos investimento direcionado aos empregados prestes a se aposentarem. Por fim, o jurista conclui: “[...] qualquer fator (legal ou não) que eleve o custo de empregar um trabalhador levará os empregadores a empregar menos trabalhadores, a pagar-lhes salários menores, ou ambas as coisas”⁸⁵. Ou seja, o autor compreende a proteção do trabalhador, no campo previdenciário, por exemplo, como prejudicial a todos os envolvidos na relação de emprego.

⁸² (POSNER, 2011, p. 27)

⁸³ (POSNER, 2011, p. 28)

⁸⁴ (POSNER, 2011, p. 29)

⁸⁵ (POSNER, 2011, p. 30)

Este exemplo denota perfeitamente a lógica que vem sendo difundida e que foi utilizada pelo legislador reformista no que tange à Lei n. 13.467/2017: direitos trabalhistas vistos como óbices à evolução da economia. Se a excessiva onerosidade de um empregado nos moldes tradicionais gera receio aos empregadores e a fuga de investimentos para outros países, diminuindo a competitividade do Brasil no mercado mundial, necessário flexibilizar e desregulamentar o mercado de trabalho, adequando-o ao momento histórico atual.

Desta forma, resta claro que na concepção de Posner, ao Direito cabe uma função instrumental para consecução de fins sociais⁸⁶, notadamente a eficiência econômica e a maximização da riqueza. Estes fins sociais, da maneira que concebidos pela AED, colocam parcela da sociedade em condições de vulnerabilidade e de redução de direitos.

4.3 O pragmatismo jurídico

O pragmatismo jurídico é a teoria do comportamento judicial a qual Richard Posner se filia para promover o que seria uma evolução do *commom law* e para atingir os objetivos da AED. Segundo os defensores do pragmatismo, as decisões judiciais devem deixar de lado as abstrações, discussões conceituais, morais e filosóficas, e sim realizar uma análise prática de qual seria o melhor resultado para a sociedade, as consequências futuras daquele provimento.

Ainda, como bem elucidam Eisenberg e Pogrebinschi:

Ao perguntar-se “como funciona o direito”, o pragmatismo responde apontando para a heterogeneidade de recursos utilizados pelo direito a fim de produzir resoluções políticas para disputas que precisam ser formatadas em termos apolíticos e abstratos. Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito. Ao decidir, ele se torna servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis consequências de seu julgamento⁸⁷.

O trecho reforça o consequencialismo e o contextualismo como características do juiz pragmático: ele é orientado pelas consequências da decisão judicial, com o objetivo de atender a necessidades sociais em determinado contexto, olhando para o futuro e não para o passado. No caso de Posner, a principal necessidade identificada é a maximização da riqueza social, razão pela qual seus critérios serão a análise de custo e benefício e a eficiência.

O fato é que o juiz pragmatista cria o direito, realiza políticas públicas. Nesse sentido, os provimentos apresentam alto grau de imprevisibilidade e flexibilidade, um dos grandes problemas apontados por Ronald Dworkin. Os julgadores orientados por esta teoria realizam

⁸⁶ (FERNANDES, 2017, p. 220)

⁸⁷ (EISENBERG; POGREBINSCHI, 2002, p. 109)

uma função que não lhes pertence, qual seja, definir o que é melhor para a sociedade, e acabam criando um sistema sem coerência lógica, sem observância a decisões passadas, por exemplo, ou seja, violam a integridade do Direito.

Para mais, o pragmatismo jurídico, ao examinar as melhores consequências para a sociedade, olvida o caráter contra majoritário que a Corte deveria ter, ou seja, a defesa a direitos individuais ou de minorias que possam ser contrários a algum objetivo comum. Nesse sentido, Dworkin afirma: “Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamentos independentes.”⁸⁸ Destarte, o pragmatismo não seria capaz de oferecer nenhuma prestação juridicamente genuína, limitando-se a decisões estratégicas.

No que concerne ao tabelamento dos danos extrapatrimoniais, verifica-se que há um argumento pragmático em sua defesa. Isto porque o tabelamento constitui uma medida que afasta o caráter intrínseco de subjetividade dos danos morais, na medida em que eles não possuem valor econômico, e afasta, portanto, discussões subjetivas, morais e filosóficas que caberiam neste espaço de indeterminação capazes de elevar a indenização acima do teto. Estabelece, em sentido oposto, critérios objetivos para a avaliação do valor indenizatório, limitando-os de modo a não prejudicar a prossecução do bem comum, que, na visão de Posner, seria a maximização da riqueza e um funcionamento livre do mercado.

⁸⁸ (DWORKIN, 2007b, p. 195)

5. A QUESTÃO DOS DANOS MORAIS À LUZ DA TEORIA NORMATIVA DE DWORKIN

5.1 A superação de uma teoria dominante

Se por um lado a *Law and Economics* fornece respaldo ao tabelamento dos danos imateriais, para a formulação de propostas legislativas e tomada de decisões judiciais com base em critérios econômicos, a teoria normativa de Ronald Dworkin não lhe oferece qualquer apoio. As obras do autor, pós-positivista, caracterizam-se por uma “perspectiva teórica que procura resgatar os princípios morais e os valores éticos para dentro da racionalidade do direito”⁸⁹.

O jurista norte-americano, que foi um grande crítico de Richard A. Posner, defende uma teoria liberal do direito⁹⁰, construída com vistas a substituir a teoria até então dominante no mundo jurídico.

Segundo Dworkin, a teoria dominante que se busca combater deriva justamente da filosofia de Jeremy Bentham, podendo ser dividida em duas partes: uma conceitual e uma normativa. A parte conceitual seria o positivismo jurídico, teoria que foi bastante aperfeiçoada e proposta em sua versão contemporânea por Hart.⁹¹ Por sua vez, a parte normativa seria o utilitarismo econômico, aprimorado pela análise econômica do direito⁹². Nesse sentido, faz-se necessário compreender as falhas destas escolas para que se apresente o ideal político proposto por Dworkin: o direito como integridade.

No que tange ao positivismo, sua inadequação, segundo o autor, reside em três proposições principais. Primeiramente, na compreensão do direito como um sistema constituído apenas por regras explícitas elaboradas pelas instituições, regras cuja validade deve ser verificada não de acordo com o seu conteúdo, mas conforme a fonte da qual emanam, o que o autor chama de teste de *pedigree*. Em segundo lugar, e considerando a primeira premissa, está na proposição de que qualquer direito postulado para além do conjunto jurídico formulado seria inexistente. Por fim, a ideia de que o juiz deveria solucionar os casos concretos com base apenas nestas regras explícitas, que geram obrigações jurídicas. Caso haja um espaço de indeterminação, ou seja, não havendo regra específica para

⁸⁹ (SIMIONI, 2011, p. 205)

⁹⁰ (DWORKIN, 2007a, p. VII)

⁹¹ (DWORKIN, 2007a, p. XI)

⁹² (DWORKIN, 2007a, p. XI)

determinado caso, não existiria uma obrigação jurídica, apresentando-se ao julgador um poder discricionário, como se ele criasse um novo item de legislação⁹³.

Na perspectiva de Dworkin, o ordenamento jurídico é composto não apenas por regras, mas também por princípios, que são padrões distintos sob o ponto de vista lógico, mas com a mesma carga normativa. A referida distinção pode ser observada claramente em três aspectos: quanto ao modo de aplicação, quanto aos casos de conflito – o que o autor chamou de dimensão do peso ou importância -, e quanto a validade.

Segundo o autor, as regras são aplicadas na lógica do “tudo-ou-nada”⁹⁴, fornecendo razões conclusivas para decidir. Por outro lado, os princípios são aplicados sob a lógica do “âmbito de incidência”, fornecendo razões para decidir, mas não necessariamente conclusivas, ou seja, não apresentam consequências jurídicas automáticas.

Quanto aos casos de conflito entre regras, tem-se que uma delas se torna exceção da outra, ou então uma delas teria que ser excluída do ordenamento. Já na hipótese de conflito entre princípios, todos continuam valendo normalmente, aplicando-se um raciocínio de ponderação, e não de exclusão.

Por fim, a validade das regras está atrelada a sua produção, ao passo em que o peso moral dos princípios é que faz com que eles tenham validade.

Assim, estas noções são fundamentais na medida em que, a partir delas, Dworkin nega a existência de um poder discricionário do juiz em casos difíceis, nos quais não haja resposta aparente prevista em uma regra de direito clara, ou mesmo exista um conflito entre regras, por exemplo. Nestas hipóteses, o julgador deve tomar sua decisão com base em princípios, que refletem exigências “de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁹⁵. Desse modo, seria possível alcançar a única resposta correta e, portanto, justa para o caso concreto. Segundo Dworkin, afirmar a discricionariedade do julgador implicaria reconhecer que este poderia escolher entre decisões possíveis, de modo que se negaria o direito pré-existente da parte. O juiz estaria na verdade legislando novos direitos jurídicos (*new legal rights*)⁹⁶.

Neste ponto, portanto, reside uma importante distinção entre Posner e Dworkin. Como já exposto, Posner defendeu que a discricionariedade dos juízes fosse orientada por critérios econômicos, como a eficiência. Ainda, defendeu o pragmatismo jurídico como teoria do comportamento judicial, em que o juiz de fato cria o direito, devendo analisar as possíveis decisões e tomar a que proporcione os melhores resultados práticos para a sociedade. Em

⁹³ (DWORKIN, 2007a, p. 50)

⁹⁴ (DWORKIN, 2007a, p. 39)

⁹⁵ (DWORKIN, 2007a, p. 36)

⁹⁶ (DWORKIN, 2007a, p. 127)

sentido oposto, Dworkin, elimina a possibilidade de um poder discricionário, pois, se os princípios também possuem caráter normativo, o julgador, por meio de sua análise, deve ser capaz de reconhecer os direitos das partes, que independem de previsão expressa no texto jurídico, e não legislar novos direitos. Esta não seria sua função.

Para mais, é possível identificar posições opostas entre o partidário da AED e Dworkin no que concerne a legitimidade de decisões tomadas com base em argumentos econômicos, por exemplo.

Dworkin leciona que os princípios, em sentido genérico, podem ser ainda diferenciados entre princípios e políticas. As políticas, segundo o autor, são padrões que remetem a objetivos a serem alcançados, “em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”⁹⁷. Por outro lado, os princípios são aquelas exigências de justiça e equidade, baseadas em direitos. Nesse sentido, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”⁹⁸, enquanto “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.”⁹⁹

Na concepção do norte-americano, as decisões devem ser fundamentadas com base em argumentos de princípio, tendo em vista que os direitos fundamentais individuais são vistos como trunfos contra a maioria. Ou seja, os indivíduos podem ter direitos que contrariem uma meta coletiva, ao contrário da visão pragmatista, segundo a qual as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a melhor decisão judicial para a comunidade como um todo¹⁰⁰.

Considerando que a eficiência econômica é uma meta coletiva¹⁰¹, infere-se que ela não poderia se sobrepor os direitos individuais na tomada de decisão. Nesse sentido, Dworkin afirma:

[...] podemos estipular que não chamaremos de direito qualquer objetivo político, a menos que ele tenha um certo peso contra as metas coletivas em geral; a menos que, por exemplo, não possa ser invalidado mediante o apelo a qualquer das metas rotineiras da administração pública, mas somente por uma meta de urgência especial.¹⁰²

⁹⁷ (DWORKIN, 2007a, p. 36)

⁹⁸ (DWORKIN, 2007a, p. 129)

⁹⁹ (DWORKIN, 2007a, p. 129)

¹⁰⁰ (DWORKIN, 2007b, p. 180)

¹⁰¹ (DWORKIN, 2007a, p. 143)

¹⁰² (DWORKIN, 2007a, p. 144)

Em última análise, portanto, verifica-se que o papel do direito não é resolver questões políticas do que é bom para a sociedade, e, sim, o que é correto para aquele caso concreto.¹⁰³

Importante ressaltar, ainda, que ao realizar um cálculo utilitarista, o tribunal comete equívoco quanto ao que a Constituição exige de fato. Como bem aponta Dworkin, se existe a previsão de um direito, há um fator de injustiça no dano ocasionado a essas pessoas quando são privadas erroneamente, fator que não pode ser detectado por cálculo utilitarista¹⁰⁴.

5.2 O direito como integridade

A ideia de integridade, na obra de Dworkin, é tida como ideal político e remete à necessidade de uma coerência e consistência do sistema jurídico. Assim, o autor personifica a comunidade ou o Estado, de modo que todas as manifestações do Direito são interpretadas como se proferidas por um mesmo autor. Nessa medida, os agentes jurídicos atuam em nome da instituição, e não em nome próprio, de certa forma.

. Impende destacar que esta integridade deve ser observada em duas perspectivas: tanto na legislação quanto no julgamento¹⁰⁵. Assim, o legislador, ao criar novas regras, deve fazê-lo em consonância com o fórum dos princípios jurídicos, de modo a formar um conjunto moralmente coerente. Do mesmo modo o julgador, ao decidir o que é a lei.

Destarte, ao contrário do pragmatismo jurídico, que concentra seus esforços na consecução de metas futuras para a “coletividade” – ignorando a coerência lógica com o passado e extrapolando a matéria jurídica -, e também diferentemente do convencionalismo, que apenas retoma ao passado tentando buscar decisões tomadas por instituições legítimas históricas, o direito deveria ser o balanceamento entre estas reflexões, um exercício descritivo e valorativo.

Vale ressaltar que, para Dworkin, não há necessidade de uma coerência estática em todas as etapas históricas do direito de determinada comunidade, pois certamente algumas normas caem em desuso. O é imprescindível a identificação do sistema de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal.

¹⁰³ (PEDUZZI, 2009b, p. 57)

¹⁰⁴ (DWORKIN, 2005, p. 147)

¹⁰⁵ (DWORKIN, 2007b, p. 203)

Nesse sentido, o jurista norte-americano faz uso da conhecida metáfora do romance em cadeia¹⁰⁶, no qual o juiz deve dar continuidade à obra formada até então da melhor maneira possível, não podendo preferir decisões aleatórias.

Desempenhando simultaneamente os papéis de autor e crítico na cadeia do direito consuetudinário, o julgador deve interpretar os capítulos passados para escrever o seguinte, da melhor maneira possível para a obra como um todo. O ideal é que o romance pareça ser criado por apenas um autor, com fluidez e um poder explicativo geral do texto.

Esta é a visão ideal defendida por Dworkin: indivíduos dotados de direitos de natureza anti-utilitária, direitos estes que são protegidos pela Constituição em um compromisso que não deve ser abandonado a pretexto do alcance de metas coletivas. Indivíduos que devem ser tratados com igual respeito e igual consideração. Outrossim, a concepção do Estado de Direito “centrada nos direitos”, é a capaz de assegurar esta realidade. Nesse sentido, o autor se posiciona:

Reconheço que uma sociedade dedicada a essa concepção de Estado de Direito pode pagar um preço, com certeza na eficiência e, possivelmente, no espírito comunitário, que, segundo se supõe, é deformado pela preocupação excessiva com o Direito. Mas essa sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Promete-lhe um fórum no qual suas reivindicações quanto àquilo a que tem direito serão constante e seriamente consideradas a seu pedido. Não pode prometer-lhe que a decisão o agradará ou mesmo que estará certa. Mas isso não é necessário para tornar valiosos a promessa e o senso de justiça que ela cria¹⁰⁷.

A adoção desta concepção, mais complexa e menos neutra do ponto de vista filosófico em relação à concepção “centrada no texto legal”, aperfeiçoa a justificativa moral para o exercício do poder político.

Aplicando propriamente estas noções na discussão quanto ao tabelamento dos danos imateriais, verifica-se que a teoria de Dworkin condenaria a medida por violar a integridade do Direito, tanto na legislação quanto no julgamento.

Ora, o art. 1º da Constituição preconiza que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Isto é, a dignidade da pessoa valorada por si só, dotada de personalidade singular, da qual emanam diversos direitos tais como a intimidade, vida privada, honra, imagem, higidez física e psíquica, caracterizados notadamente pela

¹⁰⁶ (DWORKIN, 2007b, p. 275)

¹⁰⁷ (DWORKIN, 2005, p. 38)

extrapatrimonialidade. Ainda, assegura a isonomia em seu art. 5º, caput: não haverá distinção de qualquer natureza perante a lei.

Como consequência lógica destes valores, a Constituição assumiu também o compromisso de uma reparação integral nos casos de violações ao patrimônio moral do indivíduo, bem como prevê a inafastabilidade do controle jurisdicional, que deve ser entendido não como mero acesso à justiça, mas como garantia da efetiva apreciação da demanda e resolução completa da questão.

As normas da responsabilidade civil, em consonância com a Lei Maior, também preveem a reparação integral do dano, ainda que exclusivamente moral, sem qualquer critério limitador e muito menos discriminatório. Ainda, no âmbito trabalhista, todo o conjunto principiológico está orientado para a proteção do obreiro. Para mais, os julgadores vinham comprovadamente observando os parâmetros estabelecidos e o compromisso com os direitos fundamentais.

Nesse contexto, o surgimento de uma norma que tabela os valores indenizatórios é evidentemente dissonante, na medida em que limita o julgador e o coloca em uma posição de realizador de políticas públicas. Passa a orientar sua decisão não pelo conteúdo dos princípios morais, capazes de refletir o direito que a parte tinha mesmo antes da demanda, mas pelo argumento de política, com vistas a atingir uma melhor condição da economia, por exemplo. Não se coaduna de forma alguma com a integridade do direito e com o caráter anti-utilitário que os direitos fundamentais possuem.

Assim, a Lei n. 13.467/2017, ao implementar o tabelamento dos danos extrapatrimoniais, viola a integridade do Direito, em uma tentativa de mitigar o conjunto de princípios morais da coletividade personificada. Nada obstante, é justamente este fórum principiológico que vêm atenuando os efeitos nocivos da nova legislação. Ou seja, a norma vem sendo interpretada à luz dos princípios e guardando, tanto quanto possível, coerência com os preceitos historicamente conquistados.

Além disso, é certo que, hodiernamente, difundiu-se um discurso de modernização da legislação e adequação da mesma ao momento histórico atual. Ainda, que a excessiva onerosidade de um empregado nos moldes tradicionais gera receio aos empregadores e a fuga de investimentos para outros países, diminuindo a competitividade do Brasil no mercado mundial. Ou seja, há uma pressão cada vez mais forte pela flexibilização de direitos e pela desregulamentação do mercado de trabalho. Assim, a Reforma Trabalhista parece propor a redução das proteções ao trabalhador de modo a alcançar um melhor desenvolvimento econômico futuro, uma meta coletiva.

Nestas propostas, Dworkin identifica um caráter utilitarista, condenando-as de imediato:

[...] o argumento atualmente difundido, de que devemos reduzir os benefícios agora para obter prosperidade geral mais tarde, não passa de um exemplo de utilitarismo, que tenta justificar perdas irreversíveis para uma minoria a fim de garantir ganhos para a grande maioria¹⁰⁸

E complementa:

Se nosso governo só pode oferecer um futuro atraente por meio da injustiça no presente - obrigando alguns cidadãos ao sacrifício em nome de uma comunidade da qual são excluídos em todos os sentidos -, então devemos rejeitar esse futuro, por mais atraente que seja, porque não devemos considerá-lo como nosso futuro¹⁰⁹.

¹⁰⁸ (DWORKIN, 2005, p. 312)

¹⁰⁹ (DWORKIN, 2005, p. 317)

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a constitucionalidade do tabelamento dos danos extrapatrimoniais, implementado pelo art. 223-G da Lei n. 13.467/2017, utilizando como marcos teóricos Jacques Derrida, Richard A. Posner e Ronald Dworkin.

Por meio das lições de Derrida, foi possível reconhecer o novo regramento como um retrocesso do Direito em termos de busca pela Justiça. Isto porque, a adoção de uma tabela com valores indenizatórios previamente delimitados dispensa a consideração das peculiaridades do caso concreto capazes de elevar o *quantum* acima do teto, o que contraria o ato de justiça, que deve sempre “concernir a uma singularidade, indivíduos, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu como outro, numa situação única”.

O cálculo dos danos morais é exemplo do que o filósofo chamou de “indecidível”, considerando a impossibilidade de valorar objetivamente a dor psicológica humana. Nesse sentido, sempre haverá certa dificuldade na fixação de valores indenizatórios a título de danos imateriais, dado o caráter subjetivo que lhe é inerente. Entretanto, o parâmetro constitucional da proporcionalidade possibilita ao juiz encarar o desafio do cálculo de maneira livre e com o compromisso ético de ir além das fronteiras já conhecidas.

A abordagem da Análise Econômica do Direito como teoria política foi necessária na medida que ela defende a maximização da riqueza social como objetivo digno a ser perseguido, por meio de proposições legislativas e também decisões judiciais baseadas em análise de custo-benefício e eficiência, oferecendo respaldo ao tabelamento.

A grande questão é que, embora inicialmente apresentada como um estudo interdisciplinar, a AED acaba por subordinar e operacionalizar o direito em função dos interesses econômicos. Ao fazê-lo, a *Law and Economics* negligencia o papel contra majoritário da Corte e o caráter anti-utilitário que possuem os direitos fundamentais individuais. Ainda, ao admitir que os juízes criem o direito, este perde sua coerência e integridade.

Nesse sentido é que a teoria normativa de Dworkin apresenta uma proposta hermenêutica cujo foco está na consistência e coerência do sistema jurídico, se contrapondo à AED. O jurista corroborou a necessidade de respeito do compromisso constitucional com os indivíduos, defendendo a utilização de princípios morais nos casos difíceis.

Importante ressaltar que o estabelecimento de padrões objetivos não necessariamente garante maior segurança jurídica, e, no caso do tabelamento, acabou por violar alguns dos

mais elevados preceitos constitucionais: a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a garantia de reparação integral dos danos e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Extraídas estas conclusões, o que se espera é gerar uma reflexão sobre a influência dos interesses econômicos em detrimento dos direitos do trabalhador. Embora as normas jurídicas devam passar por constantes atualizações, de modo a acompanhar a evolução social, não se pode admitir um retrocesso em termos de direitos já conquistados, o que é vedado implicitamente pelo bloco de constitucionalidade, e mesmo porque a própria Constituição foi expressa no sentido de que o desenvolvimento da ordem econômica será fundado na valorização do trabalho humano, devendo assegurar a todos existência digna e observar, dentre outros princípios, a redução das desigualdades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Dano Moral no Direito do Trabalho. Tarificação e Jurisprudência do STF.** In: A Centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao ministro João Oreste Dalazen / Kátia Magalhães Arruda, Delaíde Alves Miranda Arantes, organizadoras. – São Paulo: LTr, 191-201, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 15/09/2018

_____. Câmara dos Deputados. **Parecer ao Projeto de Lei n. 6.787**, de 2016. Relator: Deputado Rogério Marinho. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961> Acesso em 20/10/2018

_____. **Código Civil Brasileiro.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 15/09/2018

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 20/09/2018

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm> Acesso em: 15/09/2018

_____. **Medida provisória n. 808.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm> Acesso em: 18/09/2018

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Súmula n. 281. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf> Acesso em: 26/09/2018

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Súmula n. 227. Disponível em: <[://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf)> Acesso em: 10/10/2018

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 5870/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335465>>. Acesso em: 30/09/2018

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 130/DF. Relator Ministro Carlos Britto. DJe n. 208. Divulgação 05/11/2009. Publicação 06/11/2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>> Acesso em: 4/10/2018

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula n. 126. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html> Acesso em: 12/10/2018

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2ª ed. LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007b

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISENBERG, José. POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo, Direito e Política**. Novos Estudos CEBRAP, n. 62, março/2002, pp 107-121.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017. (Hermeneutica e hermeneutica constitucional, item 2.3: “O Debate no Direito Constitucional norte-americano: para além do debate entre interpretativistas e não interpretativistas: R. Dworkin, J. H. Ely, C. Sustain, A. Vermeule, M. Tushnet, J. Waldron, L. Tribe, R. Posner e M. Sandel.” p. 195-228)

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Eficiência e Direito: pecado ou virtude; Uma incursão pela Análise Econômica do Direito**. Revista Jurídica – UNICURITIBA. v. 1, n. 28, p 77-122, 2012.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KOZICKI, Katya. **O Conceito de Justiça para Derrida e Lévinas**. In: Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre. v. 19, Março/2001.

MENEZES, Mauro de Azevedo. **Danos Extrapatrimoniais na Reforma Trabalhista Brasileira de 2017.** In: A Centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao ministro João Oreste Dalazen / Kátia Magalhães Arruda, Delaíde Alves Miranda Arantes, organizadoras. – São Paulo: LTr, 271-288, 2018.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. **A quantificação dos danos morais como exemplo da tensão entre direito e justiça: o processo judicial como narrativa e os limites da experiência.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, v. 15/18, n. 15/18, p. 217-228, 2006/2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 808 de 14 de novembro de 2017.** In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, edição especial, p.333-368, nov. 2017.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Ampliação da Competência Material da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional N. 45/2004: ação de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente da relação de trabalho inclusive de acidente do trabalho.** In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: STJ, 2009a, p. 93-110.

_____. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade.** São Paulo: LTr. 2009b.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Economia da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PUSCHEL, Flávia Portella (coord.). **A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência:** relatório de pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD, no projeto “Pensando o Direito”, referência PRODOC BRA 7/004. *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 37, p 11-76, out. 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner.** Fundação Getúlio Vargas (2008)
Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/> Acesso em: 25/10/2018

SIMIONI, Rafael Lazzaroto. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais.** In: Revista Direito Mackenzie, v. 5, n. 1, p. 203-218. 2011.

SILVA, Adonias Osias da; ARAÚJO, Carla R. de Freitas. **A ideia de justiça no conceito pós-positivista e sob a ótica da Teoria Estruturante do direito de Friedrich Müller.** In: Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 10, n.34, p. 151-175, jan./jun. 2016.

SOUZA, Alice Ribeiro de. **Arbitramento de Reparação de Danos Morais e Condições Econômicas das Partes.** In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 60 - Maio-Jun/2014.

TABAK, Benjamin Miranda. **A análise Econômica do Direito: Proposições legislativas e políticas públicas.** In: Revista de Informação Legislativa. Ano 52, número 205, p. 321-345, jan/mar. 2015.